

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GABRIEL MORAIS MONTALDE

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA: REFLEXÕES SOBRE UM USO NÃO
REGULAMENTADO E SEUS EFEITOS**

CURITIBA

2021

GABRIEL MORAIS MONTALDE

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA: REFLEXÕES SOBRE UM USO NÃO
REGULAMENTADO E SEUS EFEITOS**

Artigo apresentado como requisito parcial à conclusão do
curso de Direito, Setor de Ciência Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos

CURITIBA

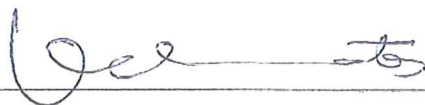
2021

TERMO DE APROVAÇÃO

Inseminação artificial caseira: reflexões sobre um uso não regulamentado e seus efeitos

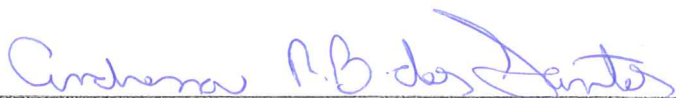
GABRIEL MORAIS MONTALDE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos
Orientador

Coorientador



Andressa Regina Bissolotti dos Santos
1º Membro



Hermano Victor Faustino Camara
2º Membro

Inseminação Artificial Caseira: reflexões sobre um uso não regulamentado e seus efeitos

Gabriel Morais Montalde

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo a observação e reflexão sobre as conjecturas envolvendo a reprodução humana assistida como técnica de constituição de prole de maneira biológica, notadamente acerca do vácuo normativo sobre a sua ocorrência de forma caseira. Para tanto, busca-se investigar quais os desdobramentos fáticos e jurídicos dessa modalidade de reprodução, investigando as principais alterações no âmbito do direito privado, principalmente do direito de família, a fim de apreender quais evoluções e transformações tornaram possível a implementação e amparo legal da reprodução humana assistida, bem como evidenciar algumas condições que ensejaram o uso da técnica de forma caseira e seus efeitos, estando, entre eles, a dificuldade no reconhecimento dos filhos advindos pela prática.

Palavras-chave: Inseminação artificial caseira. Reprodução Humana Assistida. Resolução nº 2.168 de 2017. Provimento nº 63 de 2017.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	5
2 DE QUAL FAMÍLIA FALAMOS?.....	7
2.1 A valorização da afetividade em detrimento da matriz bioparental.....	11
2.2 Reconhecimento jurídico de outras constituições familiares	12
2.3 Legítimos ou ilegítimos, não, filhos.....	13
3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL COMO POSSIBILIDADE DE FAMÍLIA.....	14
3.1 Principais aspectos da Resolução nº 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina.....	17
3.2 Provimento nº 63/2017 e o registro de filiação dos filhos advindos da RHA	19
3.3 Cotejo entre as disposições sobre a Reprodução Humana Assistida e o ordenamento jurídico brasileiro	20
4 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA COMO ALTERNATIVA AOS CUSTOS DO PROCEDIMENTO	22
4.1 Ineficácia da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida	23
4.2 Inseminação artificial caseira como alternativa ao elevado custo do procedimento	25
4.3 Entraves ao reconhecimento de filiação dos advindos pelo procedimento caseiro	28
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	29
REFERÊNCIAS	32

1 INTRODUÇÃO

A evolução e aprimoramento constante da biotecnologia possibilitaram que novas formas de reprodução estivessem disponíveis àqueles que intentam constituir prole. Entre as novas técnicas, destaca-se a de reprodução assistida, ou artificial, método caracterizado pela utilização de gametas masculinos e femininos em uma intervenção artificial para fecundação, independente da forma de constituição da entidade familiar que intenta haver prole.

Esse avanço na reprodução humana significou a abertura de novos horizontes, especialmente para casais homoafetivos que, valendo-se da reprodução assistida, passaram a vislumbrar a possibilidade de gerar filhos de maneira biológica. Tanto assim, que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) estipulou que, entre 2011 e 2017, houve um crescimento de 168,7% de casais que utilizaram da referida tecnologia para gerar prole, apresentando uma crescente regular ao longo dos anos.

Ao lado dessa realidade fática, o direito vem se desenvolvendo com a finalidade de acompanhar as transformações sociais que ainda demandam regulamentação, buscando enquadrar os novos cenários brasileiros à realidade jurídica já existente. No entanto, no Brasil, a reprodução assistida e a filiação daqueles gerados por meio dessa técnica ainda carecem de legislação específica, valendo-se, atualmente, de resoluções, provimentos e decisões que se utilizam de integração analógica com formulações genéricas acerca do reconhecimento de parentalidade.

Em setembro de 2017, publicou-se a Resolução nº 2.168 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe acerca das normas éticas que envolvem a técnica de reprodução assistida, normatizando os princípios gerais do procedimento, como o consentimento livre e capacidade dos pacientes, a vedação à eugenia, e a possibilidade de gestação compartilhada nos casos de união homoafetiva feminina. A resolução visa a regular, também, as clínicas e centros que aplicam a referida técnica, acentuando o caráter gratuito da doação de gametas ou embriões, e dispondo, ainda, acerca da criopreservação, gestação de substituição e reprodução assistida *post-mortem*.

Ao lado da Resolução nº 2.168 de 2017, o Provimento nº 52, de 14 de março de 2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), revogado pelo Provimento nº 63/2017, foi o primeiro a dispor sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por

reprodução assistida, autorizando o assentamento de filhos em cartório independentemente de prévia autorização judicial, desde que cumpridas as exigências documentais necessárias para fins de registro nas hipóteses de pais casados e em união estável, ou de casais homoafetivos, bem como nas de gestação por substituição e *post-mortem*. Assim, têm-se a Resolução nº 2.168/17 e Provimento nº 63/2017 como as duas principais matérias normativas sobre a reprodução assistida, ao lado de interpretações constitucionais, integrações de dispositivos normativos análogos e aplicação de precedentes.

Porém, se a técnica se demonstra razoavelmente regulada juridicamente, as mudanças fáticas cuidaram de apresentar uma outra situação, ainda não prevista por qualquer normativa jurídica, qual seja, a reprodução assistida de forma caseira. Seja pelo elevado custo da realização de reprodução assistida heteróloga em clínica, seja pela possibilidade de escolha do doador ou ainda pela não sujeição aos procedimentos medicalizados, a técnica que foge à convencionalidade e aos regulamentos existentes tem se tornado evidente realidade brasileira.

Não havendo proibição expressa na legislação brasileira para a realização da reprodução assistida caseira, também inexistente qualquer embasamento legal específico que sustente a prática, de tal modo que se verifica o desdobramento de diversos efeitos jurídicos e burocráticos, especialmente em matéria de registro de nascimento e filiação daqueles havidos por meio da referida técnica.

Uma vez em descompasso com as normas que regulam o procedimento de reprodução humana assistida e o posterior reconhecimento de filiação da prole advinda por essa forma de reprodução, pretende-se discutir as dificuldades enfrentadas por aqueles e aquelas que optam pela técnica de inseminação artificial caseira e se deparam com entraves para o registro de seus filhos, necessitando acionar o judiciário para que a questão seja solucionada.

Compreendendo as transformações pelas quais o direito civil e constitucional passaram, nos seus processos de constitucionalização do direito privado e de repersonalização do direito civil¹, além das reflexões acerca do direito constitucional ao livre planejamento familiar, da

¹ Ao comentar sobre a constitucionalização e repersonalização do Direito Civil, Paulo Lôbo (1999) faz referência a um código civil que até então era calcado em um individualismo jurídico de ideologia liberal oitocentista. Em que pese esse traço não tenha desaparecido do direito privado, para Lôbo, o advento de constituições de um Estado Social implicou em um deslocamento da relevância que o direito privado possuía: "Com efeito, a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não recomenda sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil" (1999, p. 102). Dessa forma, a partir da Constituição Federal de 1988, revogam-se as normas infraconstitucionais anteriores que não estavam em sintonia com as normas e princípios constitucionais, mas, para além disso, inaugura-se uma nova leitura sobre o Código Civil, somente possível em uma hermenêutica dialética com os princípios constitucionais, à exemplo da "liberdade de constituição, convivência e dissolução [conjugal]; auto-responsabilidade; igualdade irrestrita de direitos [...]; igualdade entre

equiparação de casais heteroafetivos e homoafetivos e, ainda, da igualdade entre filhos biológicos e não-biológicos, indaga-se acerca das (in)compatibilidades do procedimento de reprodução assistida caseira com a nossa legislação pátria e quais são as possibilidades de enfrentamento a essa nova realidade.

2 DE QUAL FAMÍLIA FALAMOS?

Evocada ao longo do tempo como base natural e fundamental da sociedade², a família por muitos foi e ainda é apreendida como uma relação privada que organiza a estrutura pública³. Nessa esteira, dizer sobre as relações íntimas entre os indivíduos significa desenhar os contornos culturais⁴ que fundam e mantêm um modelo de sociedade e de Estado⁵, os quais, por sua vez, influenciam as dinâmicas familiares e sua organização, em uma relação dialética. Portanto, não basta falar sobre a família, faz-se necessário ditá-la, ordenar os papéis

irmãos [...] e o respeito aos direitos fundamentais". Prevalendo a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, "o conteúdo conceptual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista" (1999, p. 108). Assim, a apreensão de toda a dimensão ontológica da pessoa passa a ser o novo norte para os civilistas, não mais limitada a sua capacidade de acúmulo e transmissão patrimonial, tratando-se, propriamente, de "uma materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens" (1999, p. 103).

²A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proclamada pela Assembléia Geral das Organização das Nações Unidas, traduz, em seu artigo 16º, a construção secular da entidade familiar como sustentáculo da vida pública e privada: "Artigo 16º. 1. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais. 2. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos. 3. **A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado.**" ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em 28 jan 2021.

³ Apresentando a "Origem da família", Maria Berenice Dias, em *Manual de Direito das Famílias*, discorre sobre a construção da família como instrumento de organização e controle social, possibilitando a multiplicação e sobrevivência da população: "a própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar. Em determinado momento histórico o intervencionismo estatal instituiu o casamento como regra de conduta. Uma convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A família formal era uma invenção demográfica, pois somente ela permitiria à população se multiplicar. Essa foi a forma encontrada para impor limites ao homem, ser desejante que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto. É por isso que o desenvolvimento da civilização impõe restrições à total liberdade, e a lei jurídica exige que ninguém fuja dessas restrições" (DIAS, 2016, p. 47-48).

⁴ Em *O parentesco é sempre tido como heterossexual?*, Judith Butler analisa a discussão realizada na França acerca da relação entre o parentesco e a transmissão cultural, questionando a apropriação da sexualidade pela cultura, a qual parece fantasiar uma relação de dependência e risco, de forma que se a primeira não significar procriação heterossexual, logo, a segunda não será transmitida. (BUTLER, 2003, p. 251-252).

⁵ Segundo Fernando Seffner e Roger Raupp Rios, "há uma estreita conexão" (2018, p. 216) entre a configuração jurídica da família e o modelo de Estado, de tal maneira que à primeira é atribuída um papel de formar os cidadãos e, notadamente no contexto de codificação do Código Napoleônico, os proprietários: "Tratava-se de fundar a ordem pública sobre a ordem privada, a ordem social sobre a ordem doméstica, a grande pátria sobre a pequena. Nesse contexto, devem ser salientados o reforço drástico do poder marital, a supremacia absoluta da família legítima, a condição jurídica submissa da mulher e a criminalização do adultério feminino" (2018, p. 216).

desempenhados por cada integrante daquela e de todas as entidades, determinando a maneira que esses devem interagir entre si e sob quais princípios e valores essa organização será legitimada e merecedora de direitos.

E se os discursos sobre a família já passaram e ainda reverberam ordenamentos canônicos e cristãos, à exemplo da crítica de Michel Foucault à respeito da disciplina sobre as famílias europeias⁶ do século XVIII, as suas normas jurídicas são destacadas pelo marco do Código Napoleônico, ou *Code Civil* de 1804, o qual centrava sua preocupação, majoritariamente, em transmitir os novos valores de liberdade e individualidade adquiridos com a Revolução de 1789, de forma a rejeitar o já contestado jusnaturalismo e projetar uma racionalidade codificada que assentasse os ideais burgueses⁷. Sob este intento, os regramentos de ordem familiar estavam dispostos em favor do Estado Moderno, transformando a disciplina das famílias em proveito da promoção de um sujeito livre, na medida e nos limites de sua propriedade, mesmo que ainda condicionado a um modelo de família patriarcal e hierarquizada⁸. Logo, não se tratava de refundar ou reestruturar a família por uma perspectiva ontológica, mas garantir que, enquanto instituição, essa fosse capaz de estruturar o novo regime político e econômico em ascensão, mesmo que, para isso, fosse necessário manter as organizações internas de poder dessa entidade.

Não diversamente, a primeira codificação civil brasileira, em 1916, recepcionava e projetava as aspirações burguesas de um direito preocupado com a propriedade e, no âmbito das famílias, com a conservação e transmissão de seus patrimônios⁹. A família existia para o direito em torno de sua propriedade, de forma que o Código Civil buscava regular, do ponto de

6 Michel Foucault, em *História da Sexualidade I: a vontade de saber*, descreve como a relação matrimonial estava no centro das disposições legais e morais de todas as disciplinas normativas da época: “O sexo dos cônjuges era sobrecarregado de regras e recomendações. A relação matrimonial era o foco mais intenso das constrições; era sobretudo dela que se falava; mais do que qualquer outra tinha que ser confessada em detalhes. Estava sob estreita vigilância: se estivesse em falta, isto tinha que ser mostrado e demonstrado diante de testemunha” (1988, p. 38).

⁷ Consoante aponta Lobato (2004), “o objetivo essencial do Código civil como instrumento jurídico foi desterrar o passado e instaurar uma nova sociedade civil, construir uma ordem nova para regular todas as relações importantes entre as pessoas, e entre estas e os bens, pôr fim aos antigos privilégios senhoriais e desmontar as caducas estruturas sociais e econômicas. [...] Destarte, criou um sistema jurídico harmoniosamente desenvolvido em torno do indivíduo, como membro da família e da sociedade, e apoiado em três pilares fundamentais: a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil, que ainda hoje, passados dois séculos, conservam sua firmeza e sua força basilar da ordem social.” (2004, p. 20)

⁸ Paulo Lôbo comenta que o Código Napoleônico “era conservador em sua essência, consagrando o direito absoluto da propriedade privada e os diferentes modos de sua aquisição e transmissão e mantendo os membros da família sob o poder inconstraível do marido e do pai” (2018, p. 20).

⁹ Em relação ao Código Civil de 1916, Lôbo aduz que esse “seria o repositório tardia das aspirações liberais da burguesia brasileira, que lutava pelo predomínio político-econômico, em disputa com a aristocracia rural, especialmente a partir do advento da República (2018, p. 23).

vista formal, a atuação dos sujeitos sob a ótica do contratante e proprietário¹⁰. Validade e indissolubilidade do matrimônio, a extensibilidade do poder patriarcal, a legitimidade dos filhos através de critérios biológicos e os papéis desempenhados pelo marido e pela mulher no núcleo familiar apontavam para esse cuidado do legislador com o patrimônio¹¹.

Mas se as transformações filosóficas, políticas e sociais anteriores não deram conta de reestruturar a ordem jurídica sobre a família - a qual subsistia matrimonializada, patriarcal e hierarquizada -, as movimentações ocidentais do século XX, por sua vez, alteraram profundamente o significado dessa instituição. A Revolução Industrial, as crises econômicas, o racismo científico e o surgimento de Estados Totalitários evidenciaram que o sujeito de direito homem, branco, burguês, europeu, cristão e heterossexual já não se sustentava como fundamento paradigmático do ordenamento jurídico¹². Estava se configurando uma sociedade que reclamava por justiça social e distributiva, exigindo tutela jurídica para além do patrimônio e liberdade para além do sujeito proprietário¹³. Assim, o advento do Estado Social traz consigo o compromisso de fornecer condições para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e igualitária, sob princípios promotores de uma justiça social e distributiva, focalizados na valorização ontológica do ser em sua plenitude e desvinculados de sua capacidade de acúmulo patrimonial. No âmbito do direito privado, isso significou a necessidade de se criar instrumentos para demarcação de limites à autonomia privada e à aquisição de propriedade¹⁴.

É no seio dessas transformações que a Constituição Federal de 1988 retira do Código Civil seu até então status de constituição do direito privado e sujeita-o a uma relação dialética com novos princípios constitucionais, entre eles, a primazia da pessoa humana nas relações

¹⁰ Essa relação estrita com a propriedade se torna evidente pelas palavras de Paulo Lôbo: "Até mesmo o mais pessoal dos direitos civis, o direito de família, é marcado pelo predomínio do conteúdo patrimonializante, nos códigos. No Código Civil brasileiro de 1916, por exemplo, dos 290 artigos do Livro de Família, em 151 o interesse patrimonial passou à frente." (1999, p. 103).

¹¹ Sobre o tema, Maria Berenice Dias ressalta que "o antigo Código Civil [...] regulava a família do início do século passado. Em sua versão original, trazia a estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao casamento." (2016, p. 51).

¹² As trágicas experiências ocidentais de um Estado Liberal centrado na liberdade e autonomia individuais, delimitadas exclusivamente aos limites e possibilidades da propriedade, conforme aduz Roger Raupp Rios, impuseram ao direito a necessidade de se afirmar a dignidade de todos os seres humanos, "abrindo espaço para o reconhecimento de minorias étnicas, linguísticas e religiosas, chegando então à situação particular de vulnerabilidade feminina" (2018, p. 91).

¹³ Em *Constitucionalização do Direito Civil*, Paulo Lôbo explica que no plano do direito, o Estado Social "é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos os inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil" (1999, p. 102).

¹⁴ Ver em TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. Revista de Direito do Estado - RDE, Rio de Janeiro, Ano 1, nº 2, 2006. p. 39.

civis¹⁵. O processo de constitucionalização do direito civil e sua repersonalização, conforme indica Ricardo Calderón, aproximou o direito dos fatos da realidade que buscava regular, forçando-o a apreender a evidente afetividade nas relações interpessoais¹⁶. Se a família brasileira há tempos já não se apresentava como uma entidade fechada em si mesma, capaz, por si só, de atender aos anseios de seus componentes e concretizar uma felicidade coletiva, a partir desse momento, tornou-se impossibilitada juridicamente de ser traduzida exclusivamente pelos seus fundamentos matrimoniais, biológicos e patrimoniais, devendo ser compreendida em conjunto com suas dinâmicas de solidariedade e de satisfação individual dos integrantes da entidade familiar, em igualdade.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 representou a consagração de um novo paradigma no âmbito do direito privado, cumprindo, na sua medida, com o objetivo pressagiado por Paulo Lobo, em 1999: "o desafio que se coloca aos civilistas é [...] a restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais"¹⁷. A constitucionalização e repersonalização do direito civil significou profundas mudanças, especialmente no âmbito do direito de família que, conforme aduz Lobo, retornou ao seu papel mais remoto, "a de um grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida"¹⁸. Para a presente pesquisa, visando articular as principais alterações no âmbito do direito das famílias que circundam o desenvolvimento de tecnologias reprodutivas no Brasil, destaca-se três dessas mudanças legais e doutrinárias, sendo elas: a inauguração do primado da afetividade no reconhecimento de entidades familiares e suas relações; a receptividade jurídica de novas composições familiares, compreendendo, nesse âmbito, a equiparação entre casamento e união estável, bem como entre união heteroafetiva e homoafetiva; e a legitimidade de filhos, independentemente de suas origens.

¹⁵ Para Lôbo, "a constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. [...] Assim, os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos." (1999, p. 108).

¹⁶ Ao analisar o movimento de mudança de paradigma do Direito Civil, Calderón, em *Princípio da afetividade no direito de família*, explica que "na esteira disso [constitucionalização do direito privado e repersonalização do Código Civil] emergiu a doutrina do direito civil-constitucional, que argumentou no sentido de que os institutos de direito civil deveriam ser vistos sempre sob o prisma da Constituição, que está no vértice do ordenamento. Com isso, houve uma perceptível aproximação do Direito com os dados de realidade, o que o levou ao encontro da afetividade quando do trato das relações interpessoais" (2013, p. 139).

¹⁷ LÔBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa, BRASÍLIA, v. 141, 1999, p. 103.

¹⁸ *Ibid.* p. 104.

2.1 A valorização da afetividade em detrimento da matriz bioparental

Se no Código Civil de 1916 a entidade familiar somente era reconhecida com o matrimônio, elegendo-se o critério matrimonial para legitimar a sua prole, isto é, só são legítimos os filhos advindos da relação de matrimônio, o que se verifica, a partir da Constituição de 1988 e dos movimentos doutrinários seguintes, é o enfraquecimento da relevância do casamento nas relações familiares e o estreitamento do biologicismo para ceder espaço à valorização da afetividade, a qual, não obstante deixa de constar expressamente em nossos dispositivos legais, faz-se presente e necessária como uma decorrência e valorização constante do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁹.

O indivíduo em gozo de sua liberdade também o deveria ser ao se definir em família e livremente dispor sobre seus arranjos e significados, configurando e reconfigurando suas relações de afeto e afinidade interrelacionais²⁰. Procriar, unir-se em conjugalidade, abraçar amores múltiplos e amores outros são aspirações que ao Estado incumbiria tão somente a regulamentação na medida e no limite de viabilizá-las em diálogo com os novos ditames constitucionais e nos fundamentos dos direitos humanos. Logo, busca-se romper as fronteiras da moral cristã, da verdade biológica, da legitimidade conjugal e da centralidade patrimonial. O Direito se encontra sob um novo paradigma: a valorização da afetividade como princípio significante da entidade familiar²¹.

O biologicismo e a afetividade passaram, então, a ser dois fatores distintos na compreensão do momento constitutivo da família, e o que tem se demonstrado é que o perfil consensual e o afeto constante, voluntário e espontâneo, estão adquirindo maior destaque no reconhecimento de entidades familiares, de tal forma que as relações que, embora sem vínculo biológico, merecem a mesma tutela que as demais²².

¹⁹ Nesse sentido, Maria Berenice dias explica que "ainda que a palavra afeto não esteja expressa, a Constituição abraça a afetividade no seu âmbito de proteção" (2020, p. 156).

²⁰ Dias destaca a necessidade de se indagar se o Estado possui legitimidade para intervir na configuração familiar e, se a detém, em que medida isso deve ser feito: "é preciso demarcar o limite de intervenção do direito na organização familiar para que as normas estabelecidas não interfiram em prejuízo da liberdade do 'ser' sujeito" (2016, p. 50).

²¹ Ao comentar sobre o princípio da afetividade, Ricardo Calderón leciona que, "como a família é reflexo da sociedade na qual está inserida, certamente sofreu os influxos desses movimentos, passando por uma verdadeira transição paradigmática que lhe ocasionou mudanças estruturais e funcionais. A concepção clássica de família a atrelava à noção de 'legitimidade', vinculada ao matrimônio e com forte presença dos liames biológicos e registraes. A alteração processada distanciou-se desta concepção e provocou uma nova definição do que se entende por família, cada vez mais desvinculada desses fatores" (2020, p. 141).

²² A exemplo dessa valorização da afetividade, destaca-se o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o Recurso Extraordinário nº898.060 e da análise de Repercussão Geral Tema 622, aprovando a tese de equivalência da paternidade socioafetiva em relação a paternidade biológica. STF, Tema 622 (*leading case* RE 898060).

De acordo com Ricardo Calderón²³, existe uma evidente projeção jurídica da afetividade como princípio, de tal forma que, considerando a sua inserção num complexo de institutos e princípios já existentes, possui o condão de facilitar outras construções teórico-práticas que venham a surgir com as alterações sociais, especialmente dentro do direito de família. É nesse sentido que tanto novos arranjos familiares passam a ser, gradativamente, percebidos pelo ordenamento jurídico, quanto vão sendo construídos caminhos para o reconhecimento de novas formas de constituição de prole, entre elas, aquelas derivadas do desenvolvimento biotecnológico, como a inseminação artificial.

2.2 Reconhecimento jurídico de outras constituições familiares

Se "o afeto, reafirme-se, está na base de constituição da relação familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade"²⁴, a relação matrimonializada entre homem e mulher, sendo a única legítima do Código Civil de 1916, foi perdendo seus sustentáculos jurídicos. A igualdade estabelecida pela Constituição Federal de 1988 entre casamento e união estável e a posterior equiparação dos dois institutos para fins de sucessão, pelo Supremo Tribunal Federal²⁵, em decorrência da declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, é um dos reflexos dessa nova compreensão de família, intimamente relacionada à existência de vínculo afetivo.

De forma equivalente, o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a ADIn 4277/DF e ADPF 132/RJ, alargou ainda mais o conteúdo acerca das entidades familiares ao equiparar a união homoafetiva e heteroafetiva, compreendendo que, se a previsão constitucional é pela promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação (art. 3º, IV, Constituição Federal/88), não é cabível o impedimento ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero, devendo ser excluído qualquer significado nesse sentido advindo do artigo 1.723 do Código Civil. Ricardo Calderón aponta que no fundamento desse

²³ Sobre o tema, ver mais em CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

²⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos - um devaneio acerca da ética no direito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 436.

²⁵ Tese de repercussão geral do STF: "É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002" (STF, REs 878.694 e 646.721, T. Pleno, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10/5/2017)

entendimento “houve clara contribuição do reconhecimento jurídico da afetividade para o resultado final obtido”²⁶.

Essa paridade entre as uniões se configura, simultaneamente, como expressão dos esforços na promoção da dignidade da pessoa humana e como movimento canalizador de sua ascensão para grupos minoritários - na acepção sociológica do termo - que antes não encontravam escopo na legislação. Trata-se de um processo dialético que, ao mesmo tempo em que reconhece demandas específicas, abre espaço para novos anseios jurídicos e passa a conferir contornos de sujeito de direito para aqueles que se encontram distantes do homem universal, proprietário e heteronormativo para qual a legislação foi desenhada²⁷.

2.3 Legítimos ou ilegítimos, não, filhos

Por último, a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, demarcada juridicamente pelo Código Civil de 1916, adquiriu *status* de inconstitucionalidade com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que estabeleceu um regime jurídico onde todos os indivíduos são iguais perante a lei, sem qualquer discriminação (art. 5º, *caput*, Constituição Federal/88).

Em vista dessa igualdade plena, não há mais que se falar em filhos legítimos e ilegítimos, conforme regia o art. 337 do Código Civil/16, seja pelas diferenciações baseadas em critérios biológicos, seja pela adoção ou até mesmo, e mais recentemente, pelas novas formas de concepção da prole que divergem da cópula heterossexual, devendo todos receber tutela jurídica, sem restrições²⁸.

O detrimento dessa distinção reforçou o primado da afetividade, contribuindo para que se formassem cognições jurídicas de reconhecimento das novas formas de composições

²⁶ Essa afirmação de Ricardo Calderón, em *Princípio da afetividade no direito de família* (2017, p. 148), fundamenta-se na análise dos votos dos Ministros deste caso, uma vez que a maioria se referia, constantemente, ao princípio da afetividade. A conclusão do autor dialoga com o que Maria Berenice Dias expõe em *O requisito da publicidade nas uniões homoafetivas*, ao descrever que, nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal reiteradamente proclamou "que o princípio da afetividade serve de norte a todo o sistema jurídico normativo" (2020, p. 157).

²⁷ Diante desses processos, Fernando Seffner e Roger Raupp Rios apontam para um caminho legislativo e jurisprudencial onde "mais que repetir os esquemas tradicionais dos modelos institucionais de família [...] abre-se a possibilidade de transformar o direito de família" (2018, p. 232).

²⁸ Conforme afirma Lôbo "se todos os filhos são dotados de iguais direitos e deveres, não mais importando sua origem, perdeu qualquer sentido o conceito de legitimidade nas relações de família, que consistiu no requisito fundamental da maioria dos institutos do Direito de Família. Por consequência, relativizou-se o papel fundador da origem biológica" (2004, p. 48).

familiares, uma vez que também reduzidos foram os efeitos patrimoniais decorrentes da eleição de uma ou de outra forma de constituição de filhos.

Conforme observa Roger Rios²⁹, a alteração da concepção jurídica tradicional sobre a ideia de família é um produto constante das mudanças das próprias dinâmicas familiares, a partir da segunda metade do século XX, as quais superam o modelo patriarcal e hierárquico, atravessam o modelo fusional de família e alcançam a "família pós-moderna", centrada na gratificação individual de cada componente familiar. É dessa nova estrutura que configurações familiares diversas vão se arranjando e sobrepondo-se, como a família de coparentalidade, cujo objetivo de sua composição se situa na satisfação pessoal de criar filhos³⁰.

Em resposta, a ciência tem sido capaz de acompanhar esses anseios, desenvolvendo métodos e técnicas para além da conjugalidade sexual, à exemplo da inseminação artificial, apreendendo as várias e distintas necessidades de pais e mães solo, casais homoafetivos, em coparentalidade, pessoas inférteis, e uma infinidade de outras configurações sociais que se orientam pelo mesmo desejo: procriar.

Portanto, se a biotecnologia tem corrido contra o tempo para responder a essa necessidade, desenvolvendo novas e aperfeiçoadas tecnologias reprodutivas, o desafio que se apresenta é se o ordenamento jurídico também estará dotado dessa mesma habilidade em se atualizar e acompanhar as evoluções sociais e científicas.

3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL COMO POSSIBILIDADE DE FAMÍLIA

A abertura de horizontes para que novas configurações familiares fossem percebidas pelo direito, conforme descrito anteriormente, encontrou guarida, também, no progresso da biotecnologia. Mulheres solteiras, casais heterossexuais inférteis, casais homoafetivos e em coparentalidade passam a dispor de novos instrumentos capazes de satisfazerem suas demandas por descendência e procriação³¹.

²⁹ Sobre o tema, ver mais em BORRILLO, Daniel. SNEFFER, Fernando (Org.); RIOS, Roger Raupp (Org.). *Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer*. Porto Alegre: Ed. da UFCSPA, 2018.

³⁰ Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Rodolfo Pamplona Filho, ao discutirem o reconhecimento da família homoafetiva, indicam que, "no contexto da pluralidade familiar, não há justificativa para o não reconhecimento das entidades familiares anaparentais, poliafetivas e até mesmo as coparentais. A proteção à família plural, o respeito à dignidade humana, à liberdade e a garantia aos direitos fundamentais impõem a aceitação de novas modalidades de família fundadas no afeto entre seus membros" (2019, p. 23).

³¹ Pedro Alexandre Costa (2012), em "*Homoparentalidade - Que famílias, que experiências?*", indica que o desenvolvimento dessas tecnologias reprodutivas propiciou o surgimento, nas décadas de 70 e 90, dos fenômenos

Em seu trabalho investigativo sobre os estigmas da adoção, Fernando Silva Teixeira Filho, valendo-se das contribuições de Judith Butler, Michael Foucault e Sigmund Freud, indica que a interlocução entre linguagem, cultura e psicologia fixaram bases profundas na psique humana quanto à imprescindibilidade de se gerar filhos biológicos³². Para o autor, a necessária sobreposição de sexo, gênero, desejo e práticas sexuais heterossexuais convertem-se no que é cunhado de matriz bioparental. Nesse sentido, fundamentos diversos constroem e embasam não somente uma compulsoriedade pela geração de filhos biológicos³³, como repercutem na construção de estigmas acerca da adoção³⁴, estimulando a demanda por tecnologias reprodutivas que deem conta de satisfazer esse objetivo gestacional, mesmo por aqueles biologicamente impossibilitados de o desempenharem.

A antropóloga Naara Luna, ao se debruçar sobre o tema, observa que, diante da impossibilidade de geração de filhos biológicos a partir da cópula sexual, a compreensão e aceitação social sobre as novas tecnologias reprodutivas se desenvolvem por intermédio da superposição entre a noção tradicional de laços de sangue e a noção científica de laços genéticos, substituindo a consanguinidade pelo que denomina de genetização do parentesco³⁵. Percebeu-se, através das análises de Marilyn Strathern³⁶, que a caracterização secular do

de planejamento familiar por casais homoafetivos, denominados Lesbian Baby Boom e Gay Baby Boom, respectivamente.

³²Centrado, principalmente, nas reflexões sobre “revivescência narcísica” e “Complexo de Édipo” de Sigmund Freud e de compulsoriedade heterossexual na construção de um Estado Nação de Judith Butler, Teixeira Filho problematiza uma heterossexualidade hipostasiada que se apresenta mais como simbólica do que social, de forma que ter filhos só faz sentido se os papéis de “mãe” ou “pai” puderem ser desempenhados: “Vemos como e por que a esterilidade é sentida como uma castração e um interdito irrefutável para muitas pessoas. É como se as pessoas que não pudessem procriar biologicamente não fizessem parte do “jogo” de fundação de uma nação, de uma cultura, e da própria afirmação de sua masculinidade e/ou feminilidade marcadas sob a batuta da maestria heterossexual.” (2010, p. 251-252). Importante destacar que ao estabelecer uma relação entre filiação biológica e heterossexualidade, Teixeira não intenta categorizar todas as performances de sexualidade nesse campo, mas apontar que “o desejo de ser pai e mãe, nesse caso, parece mais se alimentar de um desejo de heterossexualização de um Estado que, para se manter, necessita da prerrogativa da procriação na formação de uma nação e menos de uma experiência de amor, cuidado e prazer que pode ser vivido junto a uma criança” (2010, p. 252).

³³O conceito psicanalítico de revivescência narcísica através da reprodução em FREUD, Sigmund. *Introdução ao narcisismo, ensaios de metapsicologia e outros textos*. Tradução de Paulo César de Souza. Obras Completas, v. 12, 1ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 25.; A legitimação subjetiva de não heterossexuais através da performance de parentalidade em BUTLER, Judith. *O parentesco é sempre tido como heterossexual?*. Cad. Pagu, 2003, n.21, p. 251; E a construção de um Estado heterossexual em COSTA, Rosely Gomes. *Reprodução e gênero: paternidades, masculinidades e teorias da concepção*. Revista Estudos Feministas, v. 10, n. 2, 2002, p. 345, despontam como alguns dos inumeráveis elementos dessa compulsoriedade.

³⁴ Ver mais em MELLO, Ivana Suely Paiva Bezerra de; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. *Percepção de homens e mulheres acerca de quem entrega um filho para adoção*. Psicologia Ciência e Profissão, v. 21, n. 3, 2003. p. 76-83.

³⁵ Naara Luna indica que, diante da preocupação em transmitir características físicas e sociais aos seus filhos, “a intenção é usar as técnicas para propiciar o parentesco de sangue geralmente identificado com os genes, mas também com a gestação. Sangue às vezes se aproxima do discurso biomédico e se torna DNA” (2005, p. 412).

³⁶ STRATHERN, Marilyn. *Reproducing the future: essays on anthropology, kinship and the new reproductive technologies*. Manchester: Manchester University Press, 1992.

parentesco biológico como verdadeiro e legítimo não foi relativizada pelas biotecnologias de reprodução humana, mas reinterpretada a partir de novas representações sobre o significado do natural e do biológico. Dessa forma, o sangue, enquanto categoria simbólica da transmissão de qualidades físicas e morais, sofre um processo de ressignificação e passa a ser representado pelo material genético contido nos gametas³⁷.

Frente à construção da compulsoriedade por filiação biológica³⁸, conforme leciona Maria Helena Diniz³⁹, a embriologia e a engenharia genética iniciaram uma corrida para dar resposta a esse desejo de descendência e de procriação por parte dos casais estéreis, as quais desenvolveram novas técnicas para "a criação do ser humano" em laboratório. Entre essas, destaca-se a ectogênese ou fertilização "*in vitro*", também denominada Reprodução Assistida, a qual foi desenvolvida pela primeira vez, em 1978, no *Royal Oldham and District General Hospital* de Lancashire, resultando no nascimento de Louise Brown⁴⁰ e, no Brasil, em 1984, com o nascimento de Anna Paula Caldera.

A técnica que, apesar de recente, tornou-se bastante utilizada⁴¹ se divide, conforme explica Renata Malta Vilas-Bôas⁴², em duas categorias: fertilização *in vitro*, procedimento pelo qual a concepção do óvulo ocorre em uma proveta de laboratório, externo ao corpo da pessoa gestante, e fertilização *in vivo*, ocasião em que a concepção se desenvolve inserindo o material genético no corpo da pessoa que irá gestar. A reprodução assistida se subdivide, ainda, em homóloga, quando utilizados gametas exclusivamente do casal que pretende ter filhos, ou heteróloga, quando da utilização de material genético de terceiro doador, seja sêmen ou óvulo⁴³.

Destarte os debates ético-morais que possam ser levantados na temática da reprodução assistida, as novas técnicas de reprodução existem, estão em constante evolução e é necessário que o direito seja capaz de acompanhar e regular essas transformações, não no sentido de obstar

³⁷ Para Luna, "a genetização do parentesco diz respeito à representação dos laços de parentesco como relações genéticas, sendo considerada a base verdadeira para a constituição tanto do parentesco, como da identidade pessoal e de suas origens" (2005, p. 211).

³⁸ Destaca-se que, embora a heterossexualidade hipostasiada e a descrita compulsoriedade pela geração biológica de filhos sejam aqui apresentadas como umas das razões que tornam as tecnologias reprodutivas bastante atrativas, não se pretende delimitar a escolha pela utilização da inseminação artificial como advinda desses fatores.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁰ *Ibid.* p. 733.

⁴¹ O 11º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio, elaborado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), demonstrou que 36.307 procedimentos de fertilização *in vitro* foram realizados, em 2017, no Brasil.

⁴² VILAS-BÔAS, Renata Malta. *A inseminação artificial no ordenamento jurídico brasileiro: A omissão presente no Código Civil e a busca por uma legislação específica*. Âmbito Jurídico, v. 90, 2011, p. 1-20.

⁴³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk; FISHER, Karla Ferreira de Camargo. Reprodução Humana Assistida e Parceria Homoafetiva. *Pensar* (UNIFOR), v. 17, 2012. p. 22.

o progresso científico, mas limitá-lo e orientá-lo na medida que todos os valores do nosso ordenamento estejam em harmonia⁴⁴.

Não obstante o cenário de avanços biotecnológicos sobre o procedimento e a alta demanda pela sociedade, a técnica ainda carece de legislação específica. Em que pesem os diversos projetos de lei sobre o tema⁴⁵, a inércia do legislador brasileiro acerca da Reprodução Humana Assistida, consoante afirmação de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, indica para uma incerteza quanto aos benefícios da sua regulamentação e sobre como fazê-la⁴⁶. Frente a omissão legislativa, essa técnica encontra-se, atualmente, amparada por uma Resolução do Conselho Federal de Medicina⁴⁷, a Resolução nº 2.168/2017, e por um Provimento do Conselho Nacional de Justiça, o Provimento nº 63/2017, ao lado da interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico, em consonância com os princípios constitucionais e direitos fundamentais.

3.1 Principais aspectos da Resolução nº 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina

A Resolução nº 2.168, de 21 de setembro de 2017, do Conselho Federal de Medicina, dispõe sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, com observância aos princípios éticos e bioéticos à luz de garantir maior segurança e eficácia a esses tratamentos e procedimentos médicos⁴⁸.

Entre os dispositivos da referida resolução, enfatiza-se um dos seus princípios gerais, disposto no art. 4º, o qual estabelece a exigibilidade da elaboração de um documento escrito em

⁴⁴ A afirmação de Maria Helena Diniz, ao se demarcar contrária às novas tecnologias reprodutivas, evidencia o deslocamento da discussão moral para uma preocupação jurídica sobre o tema: "Todavia, ante a atualidade e o desafio das novas técnicas de reprodução humana, apesar de sermos contrários a elas, apresentamos algumas sugestões que poderiam diminuir um pouco suas graves consequências" (2017, p. 760).

⁴⁵ PL 3638/1993, de Luiz Moreira (PTB/BA), arquivado; PL 2855/1997, de Confúcio Moura (PMDB/RO), apensado ao PL 1184/2003; PL 1135/2003, de Dr. Pinotti (PMDB/SP), apensado ao PL 2855/1997; PL 2061/2003, De Maninha (PT/DF), apensado ao PL 1184/2003; PL 1184/2003, de Lucio Alcantara (PSDB/CE), em tramitação; PL 4892/2012, de Eleuses Paiva (PSD/SP), apensado ao PL 1184/2003; PL 115/2015, de Juscelino Rezende Filho (PRP/MA), apensado ao PL 4892/2012.

⁴⁶ Para Gama, "uma das maiores questões jurídicas que se apresentam no estágio atual do Direito relativamente às técnicas de reprodução assistida diz respeito à postura legislativa, sendo de se discutir se é mais válido prosseguir com a posição abstencionista [...] ou adotar posição regulamentadora" (2008, p. 350).

⁴⁷ A primeira Resolução do Conselho Federal de Medicina sobre o tema foi publicada em novembro de 1992, sob o nº 1.358/1992. Após 18 anos em vigência, a Resolução sobre a Reprodução Humana Assistida foi sendo atualizada, sucessivamente, através das resoluções nº 1.957/2010, nº 2.013/2013 e nº 2.121/2015. Atualmente, encontra-se vigente a Resolução nº 2.168/2017, razão pela qual a análise da presente pesquisa se restringe a referida resolução. Destaca-se que, em novembro de 2020, o Conselho Federal de Medicina atualizou a Resolução nº 2.168/2017, por meio da Resolução nº 2.283/2020, alterando o item 2 do inciso II, a fim de ampliar a interpretação acerca dos pacientes das técnicas de Reprodução Humana Assistida.

⁴⁸ Preâmbulo da Resolução nº 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina.

formulário especial, contendo o consentimento livre e esclarecido de todos os envolvidos no procedimento, bem como todos os detalhes e aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma das técnicas e os resultados obtidos pela unidade de tratamento responsável⁴⁹.

Quanto aos pacientes das técnicas de reprodução assistida, uma leitura conjunta dos artigos 1º e 2º do referido capítulo indicam que pessoas capazes, solteiras e pessoas em relacionamentos homoafetivos estão aptas a realizar o procedimento, sendo possível, também, a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina (art. 3º, capítulo II, Resolução nº 2.168/2017, CFM).

O capítulo III, por sua vez, discorre acerca de algumas exigências a serem cumpridas pelas clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de Reprodução Assistida. O *caput* do referido capítulo evoca a responsabilidade exclusiva do procedimento para as clínicas, centros e serviços, incluindo os cuidados com controle de doenças infectocontagiosas, bem como por todo o procedimento a ser realizado⁵⁰, devendo estar equipadas com, no mínimo, um diretor técnico com especialidade na técnica de Reprodução Assistida⁵¹, além de um registro permanente de todas as informações relacionadas à gestação, nascimento e malformações de fetos advindos dessa técnica⁵².

Depreende-se, portanto, da leitura da Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina que, concernente às técnicas de inseminação artificial e fertilização *in vitro*, há expressas disposições quanto às exigências e formalidades necessárias para a realização de ambos os procedimentos. Devendo ser realizado por pessoas capazes, não há qualquer exclusão de outro segmento, enfatizando-se, ainda, a exclusividade da aplicação da referida técnica pelas

⁴⁹ 4º. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida. Resolução nº 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina.

⁵⁰ As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, pela coleta, pelo manuseio, pela conservação, pela distribuição, pela transferência e pelo descarte de material biológico humano dos pacientes das técnicas de RA. *Caput*, Capítulo III, Resolução nº 2.168/2017, CFM.

⁵¹ 1º. Um diretor técnico (obrigatoriamente um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição) com registro de especialista em áreas de interface com a RA, que será responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados. Capítulo III, Resolução nº 2.168/2017, CFM.

⁵² 2º. Um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, dos nascimentos e das malformações de fetos ou recém-nascidos provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões;

clínicas especializadas e centros de reprodução, dotados de médicos especialistas na reprodução assistida e que devem seguir protocolo específico para a sua realização, como a elaboração de documento específico contendo informações detalhadas do procedimento, com efeitos biológicos, jurídicos e éticos.

3.2 Provimento nº 63/2017 e o registro de filiação dos filhos advindos da RHA

Se razoavelmente discutida normativamente a aplicação da técnica de reprodução assistida, no Brasil, por outro lado, mas não diferentemente, precárias são as normas para registro de filhos advindos pelo referido procedimento. Conforme preceitua Guilherme Calmon Nogueira da Gama, existe uma omissão legislativa no Código Civil de 2002, o qual não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida⁵³, existindo, tão somente, dois únicos dispositivos legais que se referem à prática, sendo eles o art. 1.593 e 1.597, esse último dispendo especificamente quanto à presunção de filhos concebidos na constância do casamento como sendo também os havidos por fecundação artificial homóloga e heteróloga⁵⁴.

Em vista dessa lacuna legislativa, o Conselho Nacional de Justiça editou, em 14 de março de 2016, o Provimento nº 52, visando a regular o registro de nascimento e emissão da certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, posteriormente editado pelo Provimento nº 63/2017⁵⁵. Entre as suas disposições, resolve que o assentamento de filhos havidos pela técnica em questão se dará independentemente de prévia autorização judicial, podendo ser realizado por pais casados ou em união estável, heteroafetivos ou homoafetivos, e

⁵³ Para Gama, o preceito do art. 1.593 do Código Civil/02 não é uma novidade, segundo o autor "é importante ressaltar que tal espécie de parentesco civil sempre existiu, a despeito da falta de expressa previsão legislativa, e, nesse sentido, se mostra digna de importante nota a referência à outra origem para designar o parentesco civil. A mudança, apenas formal, da redação do art. 1.593 do Código Civil de 2002 permitirá confirmar, fundamentalmente, toda a construção teórica realizada para demonstrar a importância do reconhecimento de outra origem não sanguínea do parentesco que não apenas a adoção no sistema jurídico brasileiro" (2004, p. 282).

⁵⁴ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁵⁵ Em 14 de agosto de 2019, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento nº 83, atualizando o Provimento nº 63/2017. No entanto, as alterações implementadas pelo novo provimento se restringem à Seção II do Provimento nº 63/2017, notadamente quanto aos art. 10 e art. 11, os quais dispõem sobre o reconhecimento da paternidade e maternidade socioafetiva, seus critérios e consentimentos. Tendo em vista que essa atualização não abarca a Seção sobre a Reprodução Humana Assistida, o Provimento nº 63/2017 continua vigente em seus termos sobre o tema, razão pela qual a presente pesquisa não estende a análise ao Provimento nº 83/2019.

possibilitando que apenas um dos cônjuges/companheiros compareça em cartório para o ato de registro, desde que munido dos documentos exigidos pelo Provimento⁵⁶.

Dos documentos indispensáveis para fins de registro e emissão da certidão de nascimento, o art. 17º do Provimento nº 63 resolve que deverão ser apresentados a declaração de nascido vivo (inciso I), a declaração com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome de seus beneficiários (inciso II), certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal (inciso III).

3.3 Cotejo entre as disposições sobre a Reprodução Humana Assistida e o ordenamento jurídico brasileiro

Uma leitura atenta do art. 17º, inciso II, do Provimento nº 63/2017 demonstra a conjunção desta disposição com a exigência prevista no art. 4º da Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe acerca da imprescindibilidade de elaboração de documento escrito e formal acerca de todas as circunstâncias envolvendo o procedimento eleito dentro das técnicas de reprodução assistida. Da exegese conjugada das duas disposições, depreende-se o caráter exclusivo das clínicas e centros de reprodução assistida para a realização do procedimento.

Percebe-se, também, que o reconhecimento de filiação por reprodução assistida diretamente em cartório de registro civil, independentemente de ter sido realizado por casais heteroafetivos ou homoafetivos, trata-se de um reflexo da alteração paradigmática no ordenamento jurídico brasileiro, conforme já explorado, da passagem do biologicismo para a valorização da afetividade no reconhecimento das relações familiares. Se o vínculo homossexual, propriamente o matrimônio, já não é mais determinante para o reconhecimento do estado de filiação, uma vez que se passou a reconhecer a socioafetividade como elemento central nas relações familiares, não havendo, pela própria Constituição Federal de 1988,

⁵⁶ Art. 16. O assentamento de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, será inscrito no livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos da documentação exigida por esse provimento. §1º Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer no ato de registro, desde que apresentado o termo referido no art. 17, III, deste provimento. Provimento nº 63/2017, CNJ.

distinções entre filhos biológicos e socioafetivos, inexistente entrave legal para esse reconhecimento.

Considerando, ainda, a disposição do art. 1.593, do Código Civil de 2002: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem", inequívoco que o reconhecimento de parentesco inclui a procriação assistida heteróloga, através da expressão "outra origem", deixando de validar apenas a adoção entre as formas de constituição de prole não-consanguínea.

Por sua vez, o princípio da igualdade, disposto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, oferece os contornos constitucionais para o reconhecimento de filhos advindos de técnicas de reprodução humana, vetando qualquer forma de discriminação, seja relacionada aos pais, sendo casados, em união estável, heteroafetivos, homoafetivos ou compostos por apenas uma pessoa, seja quanto aos filhos, independentemente de suas origens.

Portanto, verifica-se que, não obstante a debilidade normativa acerca do procedimento envolvendo as técnicas de reprodução assistida e, conseqüentemente, o registro de filiação da prole advinda desse método, o ordenamento jurídico brasileiro tem caminhado para a valorização das novas composições familiares, especialmente centradas nas relações de afetividade, de forma a recepcionar outras formas de geração de filhos biológicos.

Contudo, não se descuida que o lastro jurídico sobre o tema é raso e instável. As adequações jurídicas emanadas pelo poder judiciário, como o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132, e por resoluções e provimento de entidades como o Conselho Federal de Medicina e Conselho Nacional de Justiça, simbolizam avanços na racionalização de outras potencialidades de famílias, mas não garantias perenes. Reflexo dessa fragilidade pode ser representado pelo Projeto de lei nº 6.583/2013⁵⁷, de autoria do Deputado Federal Anderson Ferreira (PR-PE), qual busca estabelecer um Estatuto da Família que dispõe, na definição central de família, como sendo aquela "formada a partir da união entre um homem e uma mulher", visando proteger a entidade da "desconstrução do conceito de família".

Por fim, a própria regulamentação legislativa da reprodução humana assistida é outra particular atenção que não deve sair de órbita. Isto, porque um dos principais projetos de lei em tramitação, o PL 1184/2003, de autoria do Senador Federal Lucio Alcantara (PSDB/CE),

⁵⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências*. PL 6.583/2013. 16 out 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=517D36233CD24BE76FFDF49A539C4DAC.proposicoesWebExterno2?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013>. Acesso em 05 jan 2021.

restringe a utilização da técnica aos casos de infertilidade (art. 2º), fazendo sempre referência expressa às deficiências reprodutivas da mulher, de forma a demonstrar pouca preocupação na ampliação do uso da referida técnica. Ainda, dispõe de uma série de proibições, à exemplo da gestação por substituição (art. 3º) e dedica um capítulo inteiro às sanções penais, atribuindo conduta-crime à diversos comportamentos que possam decorrer da Reprodução Humana Assistida (Capítulo VII).

4 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA COMO ALTERNATIVA AOS CUSTOS DO PROCEDIMENTO

Em um país que com mais de oito milhões de pessoas inférteis⁵⁸, somados ao número mulheres que se encontram fora de uma relação e desejam constituir prole, bem como aos casais homoafetivos que se deparam com uma barreira biológica na concepção de seus filhos e aos casais em coparentalidade⁵⁹, a Reprodução Humana Assistida recebeu expressiva adesão, mesmo com o elevado custo do procedimento⁶⁰. O Sistema Nacional de Produção de Embriões aponta que, somente no ano de 2018, cerca de 43.098 ciclos de fertilização *in vitro* foram realizados⁶¹, apontando para um quadro comparativo exponencial na utilização dessa tecnologia, entre os anos de 2012 e 2018⁶².

Mesmo com alta demanda, a técnica de reprodução assistida ainda se apresenta como um método de custo elevado, reservado a uma pequena parcela da população. De acordo com o diretor clínico do Instituto Brasileiro de Reprodução Assistida, Bruno Scheffer, o procedimento pode variar entre R\$600,00 a R\$15.000,00, não considerando os valores compreendidos com a medicação necessária para maior eficácia da técnica, bem como desconsiderando a eventual hipótese de ser necessário realizar mais de um procedimento para que a fecundação ocorra⁶³.

⁵⁸ IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Nupcialidade, fecundidade e migração.

⁵⁹ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Coparentalidade: a autonomia privada dos genitores em contraponto ao melhor interesse da criança*. Revista IBDFAM Famílias e Sucessões, v. 36, 2019. p. 28.

⁶⁰ Já em 2017, Maria Helena Diniz apontada para o alto custo do procedimento, questionando a viabilidade e o propósito da inseminação artificial (2017, p. 758).

⁶¹ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA. *12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões - SisEmbrio*, 2019. p. 5.

⁶² *Ibidem*. p. 6.

⁶³ Quanto custa a reprodução assistida?, publicado em 2013. Disponível em: <<http://redeglobo.globo.com/globociencia/noticia/2013/05/quanto-custa-reproducao-assistida.html>>. Acesso em 08 jan 2021.

Diante da alta demanda pelo procedimento e seus altos custos, a Reprodução Humana Assistida se tornou matéria de política pública, através da Portaria nº 426 de 2005, do Ministério da Saúde, a qual instituiu o Programa Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, visando regular e facilitar o acesso gratuito a referida técnica, em garantia do direito fundamental ao planejamento familiar, e em consonância com o art. 1565, §2º do Código Civil e do art. 226, §7º da Constituição Federal de 1988.

4.1 Ineficácia da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida

Em face do supracitado dispêndio financeiro envolvendo a reprodução assistida, considerando os dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre casais inférteis, o Ministério da Saúde, em 2005, instituiu a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida (PNRHA), no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), através da Portaria nº 426/2005, visando “estruturar no SUS uma rede de serviços regionalizada e hierarquizada que permita atenção integral em reprodução humana assistida e melhoria do acesso a esse atendimento especializado”⁶⁴. Em conjunção com a Portaria nº 388/2005, da Secretaria de Atenção à Saúde, que define diretrizes para a efetivação e integralização da PNRHA no território nacional, destaca-se dois aspectos para a presente pesquisa, a destinação orçamentária para a efetivação da política pública em questão e os critérios subjetivos de admissão no programa de assistência pelo SUS.

Através da Portaria nº 426/2005, do Ministério da Saúde, estabeleceu-se um financiamento articulado entre o Ministério da Saúde, as Secretarias de Estado de Saúde e as Secretarias Municipais de Saúde, almejando a execução de “projetos estratégicos que visem ao estudo do custo-efetividade, eficácia e qualidade, bem como a incorporação tecnológica na área da reprodução humana assistida no Brasil”⁶⁵, vislumbrando, ainda, a destinação de recursos federais compreendidos em até R\$ 10 milhões, entre agosto e dezembro de 2005, para o referido procedimento, além de objetivar a criação de 21 centros de reprodução assistida, até 2007⁶⁶.

⁶⁴ Preâmbulo da Portaria nº 426/GM, de 22 de março de 2005.

⁶⁵ Art. 2º, inciso II, Portaria nº 426/GM, de 22 de março de 2005.

⁶⁶ "O governo Lula tornou-se entusiasta da biotecnologia [...]. o então Ministro da Saúde Humberto Costa [...] publicara portaria criando a Política Nacional de Reprodução Humana Assistida no Sistema Único de Saúde. Uma reunião do Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde estimou que o impacto do credenciamento de 5 centros de Reprodução Assistida entre agosto e dezembro de 2005, seria de R\$ 9 a 10 milhões. Há previsão de credenciamento de 13 serviços em 2006, atingindo em 2007, o total de 21 centros" (REIS, 2006, p. 91).

Contudo, sob a justificativa dos altos custos das técnicas e procedimentos utilizados, bem como a grande demanda e pequena oferta à população infértil, essa distribuição de recursos orçamentários não se tornou realidade, tendo sido relegada a responsabilidade orçamentária, quase exclusivamente, às Secretarias Estaduais e Municipais, refletindo, também, na impossibilidade de expansão do programa, uma vez que se verificou, em 2012, a existência de apenas nove centros médicos vinculados à assistência gratuita na realização de inseminação artificial⁶⁷.

Quanto aos critérios de admissibilidade ao procedimento de reprodução humana assistida, a Portaria nº 426/2005 dispõe a respeito do público-alvo à assistência gratuita pelos centros integralizados ao SUS, sendo eles os casais inférteis, os portadores de doenças genéticas e os portadores de doenças infecto-contagiosas. Se pela definição da Organização Mundial da Saúde infértil é o casal que mantém relações sexuais sem métodos contraceptivos durante 12 meses sem engravidar, parece existir um critério heteronormativo na definição de quem será atendido pelo PNRHA, uma vez que se “exclui os casais homoafetivos dos potenciais usuários/as do serviço de reprodução humana assistida”⁶⁸.

Verifica-se, portanto, um descompasso entre a transformação social pela qual passou a entidade familiar e a disposição normativa da portaria do Ministério de Saúde, pois, ao se considerar a infertilidade - sendo aquela culturalmente reconhecida como característica de relacionamentos heterossexuais - como fundamento de seleção para o programa, não se credita de mesma prioridade aos casais homoafetivos e, até mesmo, às famílias compostas por um único indivíduo que intenta constituir prole⁶⁹.

A conjunção dessas duas circunstâncias, objetiva e subjetiva, associadas, ainda, ao tempo de espera para o atendimento gratuito dos programas de reprodução humana assistida integralizados ao SUS, que pode levar, em média, quatro anos⁷⁰, demonstrou a insuficiência do

⁶⁷ Regino explica que a debilidade normativa acerca do financiamento federal para a reprodução humana assistida através do SUS foi um dos principais entraves para a continuidade do programa de assistência gratuita. Ainda que o Governo Federal tenha destinado importes milionários às secretarias estaduais, não havia um aporte financeiro próprio para o programa capaz de suprir a demanda, assim os "serviços que oferecem a reprodução humana assistida pelo SUS, receberam incentivos financeiros até a regulamentação da lei com a criação de procedimentos e normativas por ser um campo muito complexo e de alto custo" (2016, p. 88).

⁶⁸ REGINO. Fabiane Alves. *O desejo de ter filhos e a construção de gênero nas políticas de saúde: análise da política nacional de atenção integral em reprodução humana assistida*. Tese (Doutorado Saúde Pública) - Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, Recife, 2016, p. 92.

⁶⁹ Delgado nos ensina que, "atualmente, o termo infértil é aplicado caracteristicamente ao casal e não a um único indivíduo, pois culturalmente a fertilidade é apenas reconhecida como parte integrante de um relacionamento heterossexual, daí a utilização da expressão Infertilidade conjugal" (2007, p. 10).

⁷⁰ Reprodução assistida: tratamento gratuito garante sonho de ter filhos, por Rafaela Felicciano. Publicado em 13/05/2018. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/saude-br/reproducao-assistida-tratamento-gratuito-garante-sonho-de-ter-filhos>>. Acesso em 10 jan 2021.

PNRHA na garantia de direitos reprodutivos e sexuais e ao livre planejamento familiar, levando à insuficiência do programa em atender as diversas e variadas demandas e, conseqüentemente, em garantir ampla e gratuita assistência àqueles que intentam constituir filhos por meio de técnicas reprodutivas⁷¹.

Ao lado da ineficiência estatal em se estabelecer um programa contínuo e eficaz para garantir o acesso à reprodução humana assistida, destaca-se, também, a ausência de assistência no setor privado da saúde. Embora a Lei nº 11.935/09 tenha incluído a obrigatoriedade dos planos de saúde cobrirem o atendimento nos casos de planejamento familiar (art. 35-C, III), alterando a redação da disposição contida na Lei nº 9.656/98, a qual regula os planos e seguros privados de assistência à saúde, essa última, por sua vez, expressamente excetua a inseminação artificial dessa cobertura obrigatória⁷². Dessa forma, mesmo assegurado o direito aos tratamentos para efetivar o planejamento familiar, a reprodução humana assistida se encontra fora do rol de procedimentos de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, delegando à liberalidade de cada seguro privado de assistência à saúde a decisão por custear a técnica, o que dificilmente se concretiza, tendo em vista o seu alto custo e a não rara necessidade de repetição.

4.2 Inseminação artificial caseira como alternativa ao elevado custo do procedimento

Nesse cenário de elevado valor para emprego da inseminação artificial, com poucos serviços públicos de saúde que aplicam a técnica e ausente a cobertura dos gastos pelos seguros privados de saúde, verificou-se, no Brasil, a busca por alternativas à efetivação da reprodução assistida, estando entre elas, a inseminação artificial de forma caseira, um procedimento realizado fora dos serviços de saúde, pelo qual se insere o material seminal no útero, através da utilização de uma seringa ou cateter, portanto, sem contato sexual⁷³.

⁷¹ Para Regino, "muito embora o PNRHA fosse regido por diretrizes que visam garantir os direitos reprodutivos por meio de técnicas de concepção, a fim de promover uma maternidade e/ou paternidade responsáveis, algumas diretrizes, no decorrer do processo de implementação, se mostraram contrárias ao que foi proposto nas diretrizes iniciais, reforçando assim as desigualdades e repercutindo assim na integralidade do cuidado dos casais inférteis" (2016, p. 163).

⁷² Art. 10. *É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: [...] III - inseminação artificial.* Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

⁷³ Conforme explica Ana Claudia Budal Arins: "a realidade de maior parte da população brasileira torna inacessíveis as técnicas de reprodução assistida disponíveis no mercado; conseqüentemente, o acesso aos materiais disponíveis nos bancos de esperma. É nesse cenário que surgem as chamadas 'inseminações caseiras'. Nesse tipo

No referido procedimento, o material genético utilizado não provém de um banco de espermatozoides, não havendo controle de serviço de saúde ou qualquer fiscalização, realizando-se, ainda, sem assistência de um profissional da área da saúde⁷⁴, muito embora tanto o material genético, quanto o procedimento, possam ser provenientes e realizados por pessoas que componham o contexto social daquele que intenciona gerar filhos. Conforme aponta a investigação da *British Broadcasting Corporation* (BBC), o principal meio de contato entre doador e receptor de material genético se dá por meio das redes sociais como o *Facebook*, “grupos e páginas sobre o assunto vêm crescendo nos últimos meses. Há grupos com mais de 5 mil integrantes”⁷⁵, ambiente onde se transige acerca dos termos e condições para a doação do material a ser utilizado e posterior realização do procedimento⁷⁶.

Lara Pinto Tibúrcio indica, à exemplo, que entre as regras está a ajuda de custo para viagens, hospedagem e demais despesas com o procedimento caseiro, o qual por vezes é realizado na casa da pessoa que vai doar o material genético. Ainda, parece ser regra majoritária a realização de exames acerca de doenças sexualmente transmissíveis⁷⁷.

Segundo Arins, ainda que a prática seja desaconselhada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), considerando os riscos de contaminação por doenças infecto-contagiosas e infecções advindas de fungos e bactérias pela ausência de instrumentos e ambientes devidamente esterilizados, inexistente uma proibição quanto a sua ocorrência, não incidindo ilegalidade, tampouco havendo regulamentação própria⁷⁸. Trata-se, portanto, de uma lacuna jurídica que se demonstra maior que aquela já existente em relação à reprodução humana

de inseminação artificial, o procedimento acontece, basicamente, com a inserção do material seminal do homem na mulher sem o contato sexual, o que acontece com a utilização de uma seringa ou cateter” (2018, p. 22).

⁷⁴ Inseminação artificial caseira: riscos e cuidados. Anvisa. 09/04/2018. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/geral/53303-inseminacao-artificial-caseira-riscos-e-cuidados>>, acesso em 04 fev 2021.

⁷⁵ Os Brasileiros que doam para inseminações caseiras. Vinícius Lemos. Publicado em 29/11/2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>>. Acesso em 04 fev 2021.

⁷⁶ “Esse é o único contato que os dois mantêm durante o procedimento. Em seguida, ela introduz o líquido na vagina por meio de uma seringa - prática considerada insegura por uma especialista ouvida pela BBC Brasil -, levanta as pernas e permanece em posição ginecológica por aproximadamente 30 minutos. Cerca de duas semanas depois, faz o primeiro exame para descobrir se conseguiu engravidar” (BBC, 2017).

⁷⁷ “O procedimento para a ocorrência da inseminação caseira começa na *Internet*, especificamente nas redes sociais, em grupos que se destinam a tal prática, no qual doadores expõem suas características físicas e relatam como fazem tal ato, pois o procedimento varia de doador para doador. Alguns doadores pedem que a interessada vá de encontro ao mesmo, já outros são pagos para ir até aquela. Outros pontos também variam como no que diz respeito ao pagamento do doador visto que alguns exigem pagamento para a doação, outros solicitam uma ajuda de custo e o pagamento das viagens já que estes viajam até a mulher para realizar o procedimento. Importante frisar que a maioria das pessoas interessadas na inseminação pedem exames de doenças sexualmente transmissíveis”. (2018, p. 3).

⁷⁸ ARINS, Ana Cláudia Budal. *Doação de material reprodutivo na reprodução assistida: possíveis aspectos de filiação*. Dissertação (Graduação em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, PR, 2018, p. 22

assistida em centros credenciados, onde “a autonomia da vontade das pessoas que se submetem a tal técnica há de ser considerada”⁷⁹.

A Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que trata sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, teria o condão de amparar legalmente o procedimento, que ao menos, afastaria a injuridicidade da reprodução humana assistida caseira, no entanto, o parágrafo único do seu artigo 1º exclui essa possibilidade ao dispor que “*para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo*”. No mesmo sentido, o contrato de doação⁸⁰, disposto no art. 538 do Código Civil de 2002, não inclui a doação de partes do corpo humano, não sendo possível, dessa forma, escorar-se nessa base legal.

A Lei de Biossegurança, nº 11.105 de 2005, que estabelece normas de segurança e mecanismo de fiscalização das atividades envolvendo organismos geneticamente modificados, apesar de fazer menção à inseminação artificial, limita-se a dispor acerca da utilização de células-tronco embrionárias excedentes da fertilização in vitro (Art. 5º da Lei nº 11.105 de 2005).

Assim, o que tem se observado é uma autorregulação dessa técnica entre os envolvidos no procedimento, principalmente através de redes sociais, pelo qual os administradores de grupos da rede *Facebook*, que oportunizam espaços de oferta de doação de material genético, disponibilizam normas privadas para tal, incluindo a gratuidade obrigatória da doação, a vedação de contato sexual, o afastamento do doador em relação à família receptora e, quando possível, o anonimato do doador⁸¹. Distante do cenário jurídico ideal, uma vez reconhecida a lacuna jurídica sobre o tema, as normas convencionadas entre doador e receptor não somente estabeleceram uma regulamentação privada para a inseminação artificial caseira, como possibilitaram a expansão do procedimento, verificando-se casos em que só uma pessoa chegou a realizar 150 doações, de acordo com pesquisa da BBC⁸².

⁷⁹ *Ibid.* p.23

⁸⁰ Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. Código Civil 2002.

⁸¹ Inseminação artificial caseira: os riscos da ideia, que se espalha cada vez mais em grupos de internet. Aline Dini. Publicado em: 31/07/2018. Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/Voce-precisa-saber/noticia/2018/07/inseminacao-artificial-caseira-os-riscos-da-ideia-que-se-espalha-cada-vez-mais-em-grupos-de-internet.html>>. Acesso em 06 fev 2021.

⁸² LEMOS, 2017, loc.cit.

4.3 Entraves ao reconhecimento de filiação dos advindos pelo procedimento caseiro

Ainda que possível e não ilegal, verifica-se que da ausência de previsão normativa específica acerca da inseminação artificial caseira, desdobram-se efeitos materiais e jurídicos de várias ordens, especialmente em matéria de reconhecimento de filiação dos filhos advindos desse método reprodutivo quando realizado por pessoas que não se encontram em um relacionamento heterossexual.

Considerando que a reprodução humana assistida, quando realizada de forma caseira, foge às normas éticas estabelecidas pela Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, uma vez que não é realizada em clínica ou centro de RHA, restam ausentes o registro formal do procedimento e o documento técnico envolvendo todos os aspectos biológicos, jurídicos e éticos, incluindo o próprio termo de consentimento livre dos envolvidos.

Dessa forma, ainda que da reprodução humana assistida caseira advenha prole, o reconhecimento de sua filiação - com exceção dos casos de monoparentalidade e de heterossexuais em conjugalidade - resta prejudicado para a pessoa não-gestante, tendo em vista a inexistência do documento imprescindível de apresentação em cartório para registro do nascituro, em conformidade com o art. 17º, inciso II, do Provimento nº 63/2017. Assim, o registro de filiação dos filhos advindos da técnica demanda, necessariamente, pela judicialização da questão, visando ao reconhecimento socioafetivo daquele que não fez parte da gestação do nascituro⁸³.

Diante desse cenário, encontramos-nos frente a uma questão de saúde pública, que assim já era compreendida quando da instituição de uma política nacional de acesso gratuito à reprodução humana assistida (Portaria nº 426/2005 do Ministério da Saúde), e notadamente de um desafio aos juristas, doutrinadores e legisladores, que se deparam com o problema também já apresentado por Guilherme Calmon Nogueira Gama, qual seja, o modo e o *locus* jurídico de regulamentação da reprodução humana assistida.

Se a inseminação artificial há tempos está sendo discutida, a fim de melhor adequá-la em nosso ordenamento jurídico, o uso dessa técnica de forma caseira aponta para complexidades outras que agora deverão ser percebidas ao se tratar da regulamentação do

⁸³ Para Mariana Chaves, presidente da Comissão de Biodireito e Bioética do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, "a decisão mostra 'como a justiça brasileira tenta responder as causas que lhe batam à porta, mesmo que sejam absolutamente novas e inusitadas'" (2018, online), mas que a inseminação artificial caseira, ao fugir das normas do Conselho Federal de Medicina e do Conselho Nacional de Justiça, evidencia uma brecha jurídica carente de observação: "na autoinseminação não há participação de qualquer médico, técnico ou profissional de saúde. Essa é uma lacuna da regulamentação existente" (2018, online).

procedimento, mas que, para além disso, indicam a necessidade de ampliar a temática para outros horizontes que não somente uma discussão legislativa e regulamentatória, devendo serem refletidas também na ordem das políticas públicas e dos seus significados político-sociais.

Portanto, distante de uma conclusão, a presente exposição sobre o tema pretende uma continuidade às reflexões sobre os caminhos que o nosso ordenamento jurídico poderá seguir em relação a inseminação artificial, incluindo os debates doutrinários e jurisprudenciais, destacando-se a necessidade de que a discussão não fique limitada à regulamentação legislativa da matéria, mas que se proponha a integrar um mecanismo efetivo de planejamento familiar, acessível e em diálogo com os princípios norteadores de nossa Constituição.

E, muito embora essa pesquisa se projetasse no sentido de realizar essa observação jurisprudencial, a ausência de um número suficiente de julgados públicos sobre o tema obsta a consolidação de um entendimento sobre a *ratio decidendi* dos precedentes, seja pela contemporaneidade da questão, seja pela compreensão que o reconhecimento de filiação trata-se dos casos previstos no art. 189, II, do Código de Processo Civil, os quais se encontram ressalvados da necessária publicidade prevista no art. 37º da Constituição Federal de 1988.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A idealização de gerar filhos biologicamente e concretizar seu planejamento familiar há muito virou tema da ciência, a qual desenvolveu tecnologias capazes de expandir essa realidade para além dos casais heterossexuais férteis. Inférteis, casais homoafetivos, monoparentais, em coparentalidade, todos esses acompanharam a chegada de novos procedimentos de reprodução, entre eles, a reprodução humana assistida.

Em um país com mais de seis milhões de pessoas que não conseguem reproduzir, onde a união homoafetiva vai conquistando espaço de aceite, e as entidades familiares vão adquirindo novos formatos, ao mesmo tempo em que a técnica de reprodução humana assistida se aperfeiçoa, temos acompanhado um crescimento exponencial de adeptos à inseminação artificial, alcançando mais de 36 mil procedimentos realizados só no ano de 2017.

Se a reprodução humana assistida é uma evidente e crescente realidade, ao direito foi incumbida a tarefa de acompanhar as evoluções das técnicas reprodutivas, conduzindo estas à luz da bioética e dos direitos humanos, e forjando um diálogo entre as transformações dos direitos das famílias com as novas demandas produzidas pelas mudanças sociais, científicas e

culturais da contemporaneidade. Trata-se de um constante processo de alterações no ordenamento jurídico, o qual vai consolidando um terreno jurídico propício para que a inseminação artificial seja regulamentada. O julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, pelo Supremo Tribunal Federal, exemplificam e apontam para essas modificações, apresentando uma nova racionalização do conceito de família pelo ordenamento jurídico, o qual tem priorizado a edificação de entidade familiares múltiplas e diversas, configuradas com a finalidade de satisfazer, individualmente, cada componente da família, em um regime de afetividade, solidariedade e igualdade.

Com a abertura de novos horizontes no direito das famílias e tentando acompanhar as demandas advindas com a inseminação artificial, apresentam-se a Resolução nº 2.168, de 21 de setembro de 2017, do Conselho Federal de Medicina, dispondo sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, e o Provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017, do Conselho Nacional de Justiça, visando a regular o registro de nascimento e emissão da certidão dos filhos havidos por meio da técnica. Ambas disposições normativas garantem a ocorrência regulamentada da reprodução humana assistida e o registro de filhos advindos desse procedimento, não obstante inexistir legislação específica para qualquer dos casos.

Por outro lado, o alto custo do procedimento, associado à insuficiência estatal em ampliar e democratizar o acesso ao serviço de reprodução humana assistida e à ausência de cobertura das despesas do procedimento pelos planos de saúde privados, uma alternativa economicamente mais vantajosa se popularizou: a realização da reprodução humana assistida de forma caseira. Esta, não sendo recomendada, nem proibida, e tampouco regulamentada, encontrou adesão de uma parcela da população, tornando-se evidente realidade nas formas de concepção de filhos.

No entanto, a alternativa caseira se realiza em descompasso com a Resolução nº 2.168/2017 e, portanto, não reúne as condições necessárias para que o registro de filiação seja realizado diretamente em cartório, em conformidade com o Provimento nº 63/2017, do CNJ. Assim, o poder judiciário brasileiro tem recebido demandas para que seja reconhecido o estado de filiação em relação aos filhos advindos por meio da reprodução assistida caseira, especialmente nos casos de parentalidade homoafetiva.

Em novembro de 2020, de acordo com a comunicação oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, foi reconhecida a dupla maternidade de mulheres que tiveram que optar pela inseminação artificial caseira, tendo em vista a ausência de recursos para custear o procedimento. Mesmo ausentes os requisitos do Provimento nº 63/2017, "o magistrado afirmou

que as autoras comprovaram que o projeto da maternidade era conjunto e que se prepararam para concretizá-lo. Portanto, não seria lícito negar o reconhecimento jurídico da situação demonstrada no processo apenas por ser fruto de um método diferente daquele previsto"⁸⁴. Em sua fundamentação, o Juiz da Vara de Família do interior do Paraná apontou para necessidade de serem reconhecidos todos os arranjos familiares, priorizando a proteção à família.

O referido julgado, não publicizado, demonstra alguns caminhos que a inseminação artificial caseira poderá seguir enquanto o procedimento não for devidamente regulamentado, destacando a proteção à família como um bem jurídico preponderante sobre às normativas técnicas e burocracias exigidas pelo Provimento do Conselho Nacional de Justiça. No entanto, faz-se necessário encarar essa realidade como provisória e em constante disputa, haja vista as movimentações de resistência aos avanços no âmbito dos direitos familiares, sejam esses legislativos ou judiciais, sendo imprescindível vincular o progresso no âmbito dos direitos fundamentais ao princípio da vedação do retrocesso social, visando garantir que o poder de reforma das normas não signifique um recuo às garantias conquistadas, especialmente por grupos politicamente vulnerabilizados⁸⁵.

Ademais, a ocorrência de uma técnica de forma caseira reflete, entre outras conjecturas, a ineficiência estatal em garantir acesso à saúde pública em sua integralidade, em acordo com seus princípios constitucionais e na promoção do direito ao planejamento familiar. Se a intenção é apreender juridicamente, a existência desse procedimento não deve passar pelo crivo moral, mas pela reflexão sobre as dificuldades materiais de toda ordem na realização da reprodução em clínicas especializadas e quais percursos o ordenamento jurídico deverá traçar a fim de dar resposta a inseminação artificial caseira.

⁸⁴ Dupla maternidade: Justiça estadual determina que criança gerada após inseminação artificial caseira seja registrada em nome de duas mães. Comunicação do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Publicado em 26/11/2020. Disponível em: < https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/11KI/content/id/43952646 >. Acesso em 10 fev 2021.

⁸⁵ Conforme aduz Ana Carla Harmatiuk Matos (2019, p. 145), a hermenêutica constitucional, no que concerne a progressão de direitos, deve realizar-se acompanhada de uma cláusula implícita de proibição de retrocesso, a qual pode ser identificada tanto pela exegese dos princípios de segurança jurídica, máxima eficácia e efetividades das normas, e da dignidade da pessoa humana, quanto pelas cláusulas pétreas que circundam o poder de reforma das normas. Ainda, entender a proibição ao retrocesso implica observar a vinculação ao dever de progresso, estendendo decisões promotoras de direitos fundamentais para além de seus limites processuais formais, não somente pelos comandos das decisões, mas no exame da *ratio decidendi* das formulações jurídicas, as quais devem apresentar suas justificativas e valores projetados sobre o tema analisado, reproduzindo esses entendimentos em outros temas correlatos e no desenvolvimento de políticas múltiplas de sustentação dessas decisões.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA. **12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões - SisEmbrio**. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA. **Inseminação artificial caseira: riscos e cuidados**. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/geral/53303-inseminacao-artificial-caseira-riscos-e-cuidados>>, acesso em: 04 nov 2019.

ARINS, Ana Cláudia Budal. **Doação de material reprodutivo na reprodução assistida: possíveis aspectos de filiação**. Dissertação (Graduação em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, PR, 2018.

BORRILLO, Daniel. SNEFFER, Fernando (Org.); RIOS, Roger Raupp (Org.). **Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer**. Porto Alegre: Ed. da UFCSPA, 2018.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1916.

_____. Código Civil. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

_____. Constituição (1946). **Constituição Dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1946.

_____. Constituição (1981). **Constituição Da República Dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1981.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 878.694/MG e 646.721/RS**. Família. União Estável. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 10 maio 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioTese.asp?tipo=TRG&tese=5155>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BUTLER, Judith. **O parentesco é sempre tido como heterossexual?**. Cad. Pagu, 2003, n.21, p. 251-252.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. Revista Entre Aspas, Salvador, 2013.

_____. Princípio da afetividade no direito de família. **Revista Entre Aspas (UNICORP)**. v.7, 2020, p. 138-153.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e

procedimentos médicos -, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. **Resolução nº 2.168, de 21 de setembro de 2017.**

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. **Provimento nº 52, de 14 de março de 2016.**

COSTA, Pedro Alexandre. Homoparentalidade - Que famílias, que experiências? **Intervenção em psicologia clínica e da saúde: modelos e práticas**, Lisboa, 1ª Ed, p. 115-128, setembro, 2012.

DELGADO, M. J. C. **O desejo de ter um filho...as vivências do casal infértil**. 2007. 213 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação em Saúde) - Universidade Aberta. Lisboa, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. 2016, São Paulo: Revista dos Tribunais.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. 7. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos - um devaneio acerca da ética no direito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Nupcialidade, fecundidade e migração.

LOBATO, Jesús Miguel Gómez. **O Código bicentenário**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 7, n.26, p. 19-23, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, p. 99-109, 1999.

_____. **Direito Civil - Volume 1 - Parte Geral**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: **ENCONTRO DE DIREITO DE FAMÍLIA DO IBDFAM/DF**, 2º, 2004, Brasília. Revista. Brasília, Distrito Federal: Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários, 2004. p. 47-56.

LUNA, Naara Lúcia de Albuquerque. Natureza humana criada em laboratório: biologização e genetização do parentesco nas novas tecnologias reprodutivas. **História, Ciências, Saúde - Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 12, n.2, 2005. p. 395-417.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; FISHER, Karla Ferreira de Camargo. Reprodução Humana Assistida e Parceria Homoafetiva. **Pensar** (UNIFOR), v. 17, 2012, p. 9-32.

_____. Direito das Famílias e Proibição de Retrocesso Social. In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 3ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, v. 1, p. 137-154.

MELLO, Ivana Suely Paiva Bezerra de; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. **Percepção de homens e mulheres acerca de quem entrega um filho para adoção**. Psicologia Ciência e Profissão, v. 21, n. 3, 2003.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 3.149, de 28 de dezembro de 2012. **Fica destinados recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2012.

_____. **Institui, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências**. Portaria nº 426/GM, de 22 de março de 2005.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil-constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REGINO. Fabiane Alves. **O desejo de ter filhos e a construção de gênero nas políticas de saúde: análise da política nacional de atenção integral em reprodução humana assistida**. Tese (Doutorado Saúde Pública) - Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, Recife, 2016.

STRATHERN, Marilyn. **Reproducing the future: essays on anthropology, kinship and the new reproductive technologies**. Manchester: Manchester University Press, 1992.

TEIXEIRA FILHO, Fernando Silva. Os Segredos da adoção e o imperativo da matriz bioparental. **Revista Estudos Feministas** (UFSC. Impresso), v. 18, 2010, p. 241-261.

TIBÚRCIO, Lara Pinto. O Direito das Famílias e a inseminação artificial caseira. **Anais do XIV Encontro de Iniciação Científica da UNI7**. V. 8 n. 1. Online, dezembro de 2018.

TJPB reconhece dupla maternidade em caso de “inseminação caseira”, por IBDFAM. Publicado em 26/09/2018. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6765/TJPB+reconhece+dupla+maternidade+em+caso+de+%5C%E2%80%9Cinsemina%C3%A7%C3%A3o+caseira%5C>>. Acesso em 06 fev 2021.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Coparentalidade: a autonomia privada dos genitores em contraponto ao melhor interesse da criança. **Revista IBDFAM Famílias e Sucessões**, v. 36, 2019, p. 9-43.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A inseminação artificial no ordenamento jurídico brasileiro**: A omissão presente no Código Civil e a busca por uma legislação específica. Âmbito Jurídico, v. 90, 2011, p. 1-20.